

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P769

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Querino Tavares Neto. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-752-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça ocorrido no XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI que ocorreu na UNISINOS, na cidade de Porto Alegre-RS, entre os dias 14 e 15 de novembro de 2018, prova a acertada e cada vez mais efetiva afirmação do CONPEDI como espaço de discussão acadêmica científica do mais alto nível. Isso não ocorre apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados mas, sobretudo, pela oportunidade cada vez mais acentuada do aprofundamento das discussões e troca de experiências acadêmicas entre os participantes.

Nesse GT a discussão caracterizou-se mais uma vez pela inovação das temáticas trazidas à discussão e, em uma dimensão mais intensa, um aprofundamento crítico das teorias e análises de casos concretos que sublevam o espaço à condição arquetípica de flâneur academicus. Numa palavra, transcendeu-se o momento da transpiração pessoal e, às vezes solitário da composição acadêmica, por um pulsar coletivo do sentido que transcende o pensar num alcance do fazer, qual seja, uma embriaguez coletiva.

Assim, trabalhos de diversos lugares e instituições brasileiras evidenciaram nas apresentações e discussões que se seguiram, um pulsar, até um pouco efusivo, da necessidade constante de atualização, e o hiato desse estado húmus acadêmicos com a realidade.

Os artigos apresentados e debatidos no Grupo transitaram por temáticas da Política Judiciária e suas formas de Gestão. Nessa direção, os trabalhos de Ana Elizabeth Neirão Reymão e Karla Azevedo Cebolão; Catharina Orbage de Britto Taquary e Eneida Orbage de Britto Taquary; Daniela de Jesus Soares Lima e Stella de Souza Ribeiro de Araújo, que enfrentaram a necessidade da atualização das instituições judiciárias e denunciaram a dificuldade de superar as herméticas estruturas burocráticas do aparato judiciário. O mesmo problema foi também abordado na questão de demandas repetitivas, como nos indicaram Rômulo Sauáia Marão e Giovanni Bonato. A Política judiciária mais uma vez perpassou o trabalho apresentado por Carlos Henrique Rezende dos Santos Pereira, que destacou a recorrente necessidade de Políticas Públicas no âmbito do Poder Judiciário. Finalmente, aquilo que parecendo um apoteótico descerramento de cortinas, a propositura de Meire Aparecida

Furbino e Marques e Sérgio Augusto Veloso Brasil, que extrapolou o campo da análise, para uma proposta comparativa entre sistemas de justiça, que evidenciou a urgente necessidade de apreensão de outras experiências para aperfeiçoamento da Administração da Justiça brasileira.

O que se depreende a cada novo GT Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça é um aumento significativo das pesquisas empíricas, estabelecendo um aprimoramento das análises, indicando um olhar cada vez mais multidisciplinar e dialogal que extrapola o reducionista jeito de dizer as coisas, para fazê-las.

Que esse ethos nos inspire cada vez mais: Marielle Franco, presente!

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG / PUC-PR

Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa – PUCPR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESTADO DE DIREITO, PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS
RULE OF LAW, JUDICIARY, AND PUBLIC POLICY

Carlos Henrique Rezende dos Santos Pereira

Resumo

Com o crescimento da atuação estatal e sua intervenção em quase todas as atividades humanas cresce a importância do estudo das decisões políticas que buscam atender uma demanda pública. O objetivo do presente trabalho é saber se o Judiciário brasileiro realiza o controle judicial de políticas públicas. A partir dos dados estudados verificou-se que a resposta é afirmativa. O judiciário atua de maneira a garantir que direitos fundamentais previstos em nossa legislação sejam preservados declarando inconstitucionais leis ou atos dos outros poderes que estão em desconformidade com nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Poder judiciário, Estado de direito, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

With the growth of the state and its intervention in almost all human activities, the importance of the study of political decisions that seek to meet public demand grows. The purpose of this paper is to know if the Brazilian judiciary performs judicial review of public policies. From the data studied it was verified that the answer is affirmative. The judiciary acts in a way to guarantee that fundamental rights fixed in our legislation are preserved by declaring unconstitutional laws or acts of the other powers branch's that are in disagreement with our legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Rule of law, Public policy

1- INTRODUÇÃO

Quando falamos em gasto público, conseqüentemente, pensamos em estrutura orçamentária, disponibilidade financeira, equilíbrio orçamentário, políticas públicas e eficiência. Todas essas expressões tem uma coisa em comum, que é se relacionarem com uma *forma de ação do Estado*. (OLIVEIRA, 2012, p. 13)

O Estado, mais precisamente o Estado de Direito nasce como uma forma de submeter o poder (soberano) a um ordenamento normativo, o Direito. Buscava-se evitar o despotismo, e a tirania. Esse foi um processo histórico que se deu em razão da busca de solucionar a necessidades dos indivíduos. Em um primeiro momento, o Estado somente necessitava garantir o que chamamos hoje de direitos fundamentais de primeiro grau, (liberdade, igualdade) ou assim dizer, evitar invadir a esfera individual dos indivíduos. Entretanto essa atuação estatal foi insuficiente, e o Estado passou agora a prestar serviços positivos, o que chamamos de direitos fundamentais de segundo grau, ou direitos sociais.

Com o crescimento da atuação estatal e sua intervenção em quase todas as atividades humanas cresce a importância do estudo das necessidades públicas, que são atendidas por uma decisão política, ou seja, o Estado vai dizer quais necessidades vai encarar como públicas. (OLIVEIRA, 2014, p. 154)

Uma forma de evitar o despotismo foi encontrada pelos federalistas, quando estes propuseram a divisão de poderes, conjuntamente com a forma federativa de Estado. Isso culminou na Constituição Americana. Os poderes ficaram divididos em três, Executivo, Legislativo, e Judiciário. Cada um têm uma função, o Legislativo cria leis, o Judiciário julga, enquanto o Executivo administra. Enquanto isso, a forma federativa diz respeito a criação da União, um poder superior ao dos Estados membros. O Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, teve um processo diferente, em que houve uma descentralização do poder central para os estados da federação, e hoje com a Constituição de 1988, incluímos os municípios como entes federativos, o que a doutrina chama de federalismo de segundo grau.

Diversas são as críticas a inclusão dos municípios como entes federativos na Constituição de 88, como por exemplo a ausência de um poder judiciário próprio. Entretanto não se trata do objetivo desse estudo discutir isso.

Conseqüentemente com a divisão de poderes, e o Estado de Direito, veio à tona os embates entre os poderes, o poder judiciário ficou com a função de ser o guardião e interprete da constituição, e em razão disso nasceu o que vamos chamar de judicialização da política.

A judicialização da política é um tema que vem sendo estudado em todo o mundo. As democracias ocidentais têm observado que os tribunais são cada vez mais parte importante do processo político. O termo “judicialização da política” entrou no vocabulário da ciência política pelo esforço analítico apresentado de forma coletiva em *The Global Expansion of Judicial Power*, coordenado por T. Vallinder e C. N. Tate em 1995. De forma geral, podemos afirmar que o termo procura abarcar causas e consequências da expansão do poder judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. (CARVALHO, 2009, 315-316)

Quando a oposição não consegue atingir seus objetivos, ou alocar recursos para seus eleitores, ela busca apoio no poder judiciário, trazendo assim uma discussão que antes era de cunho político para ser decidida pelo poder judiciário.

Em razão disso formularam-se as seguintes hipóteses que serão objeto de estudo do presente artigo.

H1 - Os tribunais aumentam os custos para tomada de decisão em relação às políticas públicas por serem um *veto player*.

H2 - Os tribunais auxiliam na implementação de políticas públicas.

H3 - A oposição do governo leva para esfera jurídica algo político tentando uma decisão favorável à sua demanda.

Em um primeiro momento iremos discutir do que se tratam as políticas públicas e sua relação com as necessidades humanas. Após iremos apresentar o que se trata o Estado de Direito e o papel do judiciário nesse. E por fim, iremos utilizar de dados empíricos para comprovar a existência da inferência do poder judiciário em políticas públicas.

2- POLÍTICAS PÚBLICAS E NECESSIDADES HUMANAS

As necessidades humanas são ilimitadas, entretanto os recursos para atendê-las são limitados. Em razão disso, precisamos alocar recursos, ou seja, definir prioridades a quais necessidades devemos atender primeiro. Existem necessidades que são comuns aos seres humanos, a essas necessidades chamaremos de necessidades públicas. Essas necessidades públicas normalmente estão positivadas nos ordenamentos jurídicos dos países. Podemos citar por exemplo um programa de educação básica para toda a população, ou um sistema de saúde.

A decisão do que é uma necessidade pública antes de mais nada é uma decisão política. É o Estado que vai dizer, no texto constitucional, tal como nas leis ordinárias, quais as

necessidades que tratará como públicas. Alguns filósofos dizem que há necessidades intrínsecas a todo ser humano, sendo que o Estado não pode deixar de atender alguns interesses básicos. Entre o que o Estado deve atender, e aquilo que dentro da realidade ele pode atender existe uma distância, e nessa luta de interesse ficam em contraposição interesses econômicos, políticos e sociais. Deve-se diferenciar também necessidade públicas de necessidades do Estado. As necessidades do Estado podem ser interesses de determinado governante em certo momento histórico, enquanto as necessidades públicas refletem os reais interesses da sociedade. (OLIVEIRA, 2014, 154-155)

A expressão “políticas públicas” aparecem, comumente, em nosso cotidiano em textos acadêmicos, matérias de jornais e em espaços reservados para debater o chamado político. Parece-nos que seu sentido e conteúdo são dominados pelos interlocutores, mas isso é um engano. (CHRISPINO, 2016, p. 15) Por se tratar de uma categoria de interesse interdisciplinar, as políticas públicas podem ser definidas segundo o ramo de conhecimento que as esteja estudando. Não é de se espantar que economistas, administradores e juristas não conseguem chegar a um consenso. (FONTE, 2015, p. 34) A expressão, a *prima facie*, quer significar um conjunto de expectativas geralmente dirigidas ao poder público, e é tão ampla que podemos chegar a debater o assunto “políticas públicas” a partir de conceitos, sentidos e entendimentos distintos mas não explicitados. (CHRISPINO, 2016, p. 15)

A política pública, como área de conhecimento e disciplina acadêmica, nasce nos EUA sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando para ênfase nos estudos sobre a ação dos governos. Enquanto na Europa, ela nasce como decorrência dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado, e do governo, produtor por excelência, de políticas públicas. Ao longo dos anos diversos conceitos de políticas públicas foram esboçados. Tal como “campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de questões públicas”, “conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos”, “soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos”. (CHRISPINO, 2016, p. 17-18)

Regis Fernandes de Oliveira (2014, p. 156-436), entende que tudo aquilo que incumbe ao Estado prover, em decorrência de uma decisão política, inserida em uma norma jurídica é uma necessidade pública. Para esse autor, tomar providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados é o que se rotula de políticas públicas. Em última análise, para ele, cabe ao Executivo implementar os direitos formalmente previstos na Constituição.

Höfling (2001) entende políticas públicas como o “Estado em ação”, ou seja, é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade. Ela compreende as políticas públicas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada, não reduzindo estas a meras políticas estatais.

Já Maria Paula Dallari Bucci (2013), define políticas públicas como “programa de ação governamental, que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Seu núcleo de sentido reside na ação governamental, que é o movimento dado à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais, a partir do impulso do governo.

Com os argumentos acima apresentados, poderíamos chegar ao conceito de que *política pública é a ação intencional de um governo que visa a atender as necessidades de seu povo, e que estão positivadas no ordenamento jurídico.*

Tendo construído o conceito acima apresentado, pensamos que os elementos constituintes de uma política pública se traduzem em (a) uma ação intencional governamental, o administrador busca um resultado com essa conduta, ou ausência de conduta; (b) um Estado, um aparato formado de instituições que persegue certos objetivos; (c) um destinatário, um indivíduo ou um conjunto de indivíduos a que se destinam as políticas implementadas, normalmente o povo.

Chrispino (2016, p. 73-74) entende que as políticas públicas podem ser divididas em (1) políticas públicas de execução; (2) de correlação; (3) de confronto; (4) de topologia; e (5) desprezíveis. As políticas públicas de execução podem ser subdivididas em (a) distributivas; (b) redistributivas; (c) regulatórias; (d) constitutivas; (e) sociorregulatórias; (f) compensatórias; (g) afirmativas; (h) de fomento. As políticas públicas de correlação podem ser chamadas de congruentes, complementares e reparadoras. As políticas públicas de confronto são aquelas que podem ser classificadas quanto à posição de seu formulador num determinado contexto político. As políticas públicas topológicas são assim chamadas por conta da analogia que fazemos com as posições de esquerda e de direita, e com sua pretensa alternativa: a terceira via. A política pública desprezível agrupa aquelas executadas por motivações negativas e que manifestam valores políticos, sociais ou éticos que precisam ser superados em um democracia que se pretende amadurecida.

Para os fins desse trabalho focaremos nas políticas públicas de execução, mais especificamente, as políticas distributivas, redistributivas e compensatórias.

As políticas distributivas são processos de caráter eminentemente voltado para a distribuição de algum tipo de vantagem com recursos da fonte formuladora da política, isto é, a coletividade. Como não apresenta o grupo que “perde vantagens” para que outro grupo as receba, esse tipo de política apresenta baixo índice de conflito, porque a maioria da população parece desconhecer que todo recurso público provém da mesma fonte, a sociedade. Políticas desse tipo alcançam um grande número de beneficiários em escala pequena. Já as políticas redistributivas se caracterizam por serem ações do governo que propõem deslocar recursos, bens ou valores de uma área, grupo ou setor para outro. Nesse modelo, para que um segmento ganhe outro tem que perder. É uma política do tipo alguém perde para que alguém ganhe. As políticas compensatórias são políticas, em geral, do campo social, muito utilizadas por sociedades fortemente desiguais, pois permitem mitigar os efeitos da pobreza. Costumam ser focais e nunca universais, uma vez que atendem uma clientela específica. Essas políticas devem ter duração limitada para que o “transitório não vire permanente”. (CHRISPINO, 2016, p. 74-76)

Ao conjunto desses três tipos de políticas públicas de execução gostaríamos de classificar como políticas públicas sociais. As políticas públicas sociais, normalmente se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. (HÖFLING, 2001, p. 31)

Iremos nos focar nesse trabalho no controle exercido pelo poder judiciário. Em relação a intromissão do judiciário em políticas públicas a maioria da doutrina entende que o poder judiciário não tem o aparato suficiente para a tomada de decisão e que em decisões que envolvam emprego de recursos financeiros para efetivação de uma política pública prestacional, o judiciário deve deixar a cargo do administrador público decidir como pretende efetivar a decisão. Ou seja, a decisão deve ter um cunho aberto, deixando certa discricionariedade. (FONTE, 2015, p. 190)

3- O ESTADO DE DIREITO E O PODER JUDICIÁRIO

Nesse ponto iremos estabelecer a relação entre o Estado de Direito e o Poder Judiciário. Primeiro iremos definir o conceito de Estado.

Para Max Weber (1991, p. 34-35), Estado é “uma empresa com caráter de instituição política, quando e na medida que seu quadro administrativo reivindica com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes”.

Já o Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano (2007, p. 364) traz a seguinte definição:

ESTADO. Em geral, a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O uso da palavra E. deve-se a Maquiavel (O príncipe, 1513, § 1). Podem ser distinguidas três concepções fundamentais: 1a a concepção organicista, segundo a qual o E. é independente dos indivíduos e anterior a eles; 2a a concepção atomista ou contratualista, segundo a qual o E. é criação dos indivíduos; 3a a concepção formalista, segundo a qual o E. é uma formação jurídica. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, na sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos.

É comum caracterizar o Estado como uma organização política. Uma organização é uma ordem, e o caráter político dessa ordem reside no fato de que essa ser uma ordem coercitiva. O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. (KELSEN, 1998 p. 273)

Para a doutrina tradicional, os elementos constitutivos de um Estado são (a) a Soberania, que se traduz no poder de criar e aplicar o direito, de forma legítima e eficaz, recorrendo inclusive a força; (b) um Território, que é um limite espacial de validade do direito estatal, fronteira; (c) um Povo, que são os cidadãos de um Estado. (BOBBIO, 2007, p. 94)

Heloisa Höfling (2001) ao diferenciar “Estado” de “Governo” entende que, Estado é o conjunto de instituições permanentes – como órgãos legislativos, tribunais, exército e outras que não formam um bloco monolítico necessariamente – que possibilitam a ação do governo; enquanto Governo, é o conjunto de programas e projetos que parte da sociedade (políticos, técnicos, organismos da sociedade civil e outros) propõe para a sociedade como um todo, configurando-se a orientação política de um determinado governo que assume e desempenha as funções de Estado por um determinado período.

“Estado de Direito” é uma expressão que pode servir, conforme os pontos de vista, tanto para opor liberdade ao totalitarismo, quanto para reivindicar a importância dos direitos, ou exaltar a autonomia dos direitos contra a intromissão de um poder totalitário, despótico.

(COSTA, 2006, p. 95) É em certo sentido o poder soberano do Estado submetido ao Direito, ou melhor dizendo, o Estado agindo conforme o Direito.

Atualmente não aceitamos que qualquer Estado seja de Direito só pelo fato de ter um conjunto de regras escritas. É necessário que exista um mínimo de vontade popular, de garantias da liberdade e igualdade de direitos assegurados por jurisdição independente, para que assim possa ser entendido. Como não entendemos o direito sem que se dirija ele a uma dada realidade, é inadmissível que o Estado relegue os direitos humanos para plano meramente formal ou teórico. Para que exista o Estado de Direito, em seu aspecto de legitimidade, é fundamental que os direitos humanos sejam assegurados e plenamente exercidos em democracia. Se nos ativermos ao aspecto meramente formal, todo Estado que possua um conjunto de normas e a ele se submeta, bem como à jurisdição independente, será um Estado de Direito. Ademais, tal expressão foi cunhada para identificar um tipo de Estado em que as leis são estabelecidas por assembleia livremente eleita. (OLIVEIRA, 2014, p. 70)

Agora que estabelecemos o que é o Estado de Direito, precisamos estabelecer o papel que o judiciário exerce nesse Estado.

Montesquieu é o responsável pela divisão do Estado de Direito em três poderes (executivo, legislativo, e judiciário). Na sua versão mais divulgada, a teoria dos poderes é conhecida como a separação dos poderes ou a equipotência. Montesquieu estabelecia como condição para o Estado de Direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A ideia de equivalência que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 119)

Isso será aprimorado pelos *Federalistas*. Eles afirmam a necessidade de criação do Estado, tal como o estabelecimento de controles bem definidos sobre os detentores do poder. Afirmam que a limitação do poder só pode ser obtida pela contraposição a outro poder. O judiciário, segundo os *Federalistas* seria o poder mais fraco, pois é destituído de poder de iniciativa, merecendo cuidados especiais para que sua autonomia seja garantida, sendo que Hamilton, em “O Federalista” n. 78, atribui a Suprema Corte o poder de interpretação final sobre o significado da Constituição. (LIMONGI, 2006, p. 249-252) Estabelecendo assim a semente que viria a se tornar o *judicial review*.

4- CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Anthony Downs, (1999, p. 27-94) em seu livro “Uma teoria econômica da democracia” aponta que todo governo busca, antes de mais nada, maximizar o apoio político, e que seu objetivo principal é a reeleição. Os eleitores em Downs são racionais, movem-se conforme suas metas buscando maximiza-las. Ao votar o eleitor fará um cálculo comparando a renda de utilidade recebida no presente governo e aquilo que crê que poderia ter recebido se a oposição estivesse no governo. O governo por sua vez, ao tomar uma decisão que aloca recursos faz um cálculo de uma votação hipotética para ver como a renda dos eleitores são afetadas pelos gastos e pelo financiamento necessário. Podemos, a partir dessa teoria concluir que partidos políticos, e políticos formulam políticas públicas para se elegerem, ou manterem-se no governo.

Em parte, essa teoria pode ser comprovada pelo estudo de Marcio Carlomagno (2016). Ele fez uma análise das 6.714 emendas parlamentares propostas pelos 513 deputados federais ao orçamento de 2016. Ele contextualiza que as emendas parlamentares no processo orçamentário brasileiro são recursos discricionários que os deputados possuem para investir nas áreas ou projetos que escolhem. Jean Wyllys (PSOL-RJ) garantiu que R\$ 400 mil fossem alocados para a aquisição de equipamentos para o laboratório de audiovisual da Faculdade de Comunicação da UFBA (Campus Ondina) e outros R\$ 200 mil para a implantação do “Centro de Promoção e Defesa dos Direitos de LGBT”. Já seu rival, Jair Bolsonaro (PP-RJ), alocou R\$ 500 mil para a implantação do “Polo de Ciência e Tecnologia do Exército”, em Guaratiba, R\$ 200 mil para equipamentos de informática para o Serviço de Identificação da Marinha, R\$ 200 mil para aquisição de um equipamento de Raio-X digital para o Colégio Naval e outros R\$ 200 mil para a construção de uma casa de força na Policlínica Naval de São Pedro da Aldeia.

Carlomagno (2016) ainda apresenta dados sobre as áreas temáticas contempladas e a modalidade de aplicação das verbas, na qual se percebe que: a) não há grandes distinções temáticas entre os partidos políticos, entretanto o PSDB investe mais em “desenvolvimento urbano”, enquanto PT e PSOL investem mais em “educação e cultura”; b) transferências a municípios é a estratégia de modalidade de investimento mais adotada (acreditamos que a razão para isso são as eleições municipais próximas ao momento que o estudo foi realizado). Fica evidenciado que, apesar das semelhanças do quadro por “áreas temáticas” da primeira parte, existem diferenças entre os partidos quando verificamos pastas ou subtópicos específicos. Ao fim, ressalta-se a importância do acompanhamento das emendas parlamentares enquanto uma importante atividade dos deputados brasileiros.

Como vimos no ponto anterior, o que define uma política pública é a ação intencional de um governo. A criação de uma lei que exige a ação governamental, transferindo recursos é

uma política pública. Nesse sentido podemos afirmar que a Constituição de um país, e as normas contidas nesta em certo sentido são uma política pública.

A Constituição de um país é de onde derivam todas as normas daquele sistema jurídico. Ou seja, a Constituição é a norma superior de um ordenamento jurídico de um país, de onde derivam todas as normas inferiores. Para que esse sistema jurídico funcione devidamente, as normas deste não podem apresentar antinomias. Nas palavras de Norberto Bobbio (2010) “o direito não tolera antinomias”. Antinomia trata-se de duas normas incompatíveis/contraditórias entre si, em razão de seus comandos normativos. Entretanto, em razão dos legisladores serem eleitos pelo povo, e conseqüentemente não serem juristas, e em tese tentarem criar normas a fim de atender a necessidade de seus eleitores, a possibilidade de que normas editadas por estes não estejam em conformidade com o ordenamento jurídico é extremamente grande.

Em razão disso criou-se mecanismos para se extirpar do ordenamento jurídico normas que não se encaixem, ou melhor dizendo, normas inconstitucionais. Existem diversas modalidades de controle de constitucionalidade, e utilizando-se da doutrina de Luís Roberto Barroso, podemos dividi-las em quatro: (a) quanto a natureza do órgão de controle, que se subdivide em (i) controle político, e (ii) controle judicial; (b) quanto ao momento de exercício de controle, que se subdivide em (i) controle repressivo, e (ii) controle preventivo; (c) quanto ao órgão judicial que exerce o controle, subdividindo-se em (i) controle difuso, e (ii) controle concentrado; (d) quanto à forma ou modo de controle judicial, (i) controle por via incidental, e (ii) controle por via principal ou ação direta. (BARROSO, 2006, p. 41-51)

Tomio e Robl Filho (2014), em estudo, levantam algumas hipóteses para se verificar se o STF tem ou não poder de veto no processo decisório legislativo, ou seja, é um ator com poder de veto. O objetivo é verificar se o STF tem uma tendência maior a declarar inconstitucional uma norma emitida pela União ou pelos Estados.

No levantamento realizado no período entre 1988 e 2013, Tomio e Robl Filho (2014, p. 28) detectaram uma maior incidência no número de leis estaduais sujeitas ao controle por via de ADI do que leis federais. De um total de 5.011 ações desta natureza em 25 anos, 3.125 foram relativas a alguma lei ou ato normativo produzido pelos Estados, o que corresponde a 63% de todas as ações. Além disso, 35% das ADIs dirigem-se a atos normativos estaduais foram julgadas pró-demandante (22% a favor do demandante, 6% parcialmente em favor do demandante, 6% de embargos em favor do demandante e 1% de embargos em favor do demandante). Enquanto apenas 11% das ADIs acerca de atos normativos federais foram julgadas em favor do demandante.

O índice de sentenças pró-demandante relacionada com o processo de tomada de decisões estaduais é o triplo em relação ao processo de tomada de decisão da União. Isso significa que a o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI), tanto em termos quantitativos como proporcionais, é mais acentuado sobre atos normativos, como na Constituição, leis e normas infra-legais relacionadas com o processo de tomada de decisão que envolve os atores políticos dos estados (governo, assembleias, tribunais, etc.). Como existem centenas, talvez milhares, de legitimados ativos que podem adjudicar ao STF um julgamento acerca da inconstitucionalidade de leis estaduais e federais, como esperado milhões de ADIs foram propostas no período. No período estudado existem cinco vezes mais probabilidade de uma ADI alterar um ato normativo estadual comparado com adjudicação da legislação federal. Em certo sentido, a judicialização a nível federal tem um caráter de sinalização de um posicionamento político mais proeminente de minorias legislativas e tentativas infrutíferas de grupos de interesse para evitar a criação de leis, causando pouco efeito sobre o poder da agenda do governo e as coalizões majoritárias. Isso se torna particularmente visível quando verificamos o efeito reduzido das ADIs sobre atos executivos federais. Por outro lado, as ADIs aumentam o custo do processo de tomada de decisão, limitando as decisões legislativas de maiorias ou restringindo decisões de coalizões de maioria estatal. (TOMIO; ROBL FILHO, 2014, p. 29-32)

As associações (sindicatos de classes) são os demandantes que mais propõem ADIs em relação a atos normativos federais e também são relevantes demandantes na esfera estadual. Demandantes legitimados a sua esfera de interesse, essas entidades obtêm sucesso limitado na sua litigância no Supremo Tribunal Federal, abaixo da média das ADIs julgadas em favor do demandante em cada esfera de decisão. Quase metade das ADIs de associações julgadas em favor do demandante são propostas por entidades que representam servidores públicos, especialmente no judiciário. O segundo grupo de legitimados mais ativos são os governadores dos estados. Das 1044 ADIs propostas pelos governadores contra atos normativos, a maioria chama o STF a se pronunciar acerca de atos normativos estaduais (995 ADIs), sendo três quartos dirigidos a legislação aprovada pelas assembleias estaduais e as demais dirigidas atos legislativos de outros estados. O terceiro legitimado mais presente no controle concentrado de constitucionalidade é o Procurador-Geral da República. Normalmente no controle de constitucionalidade concentrado iniciado pelo Procurador-geral da República a maioria das ADIs buscam restringir o processo de tomada de decisão estadual, mantendo as bases do federalismo como a distribuição dos poderes legislativos, centralizados no Brasil desde 1930.

Nesse papel o Procurador-geral tem tido sucesso, uma vez que quase 40% das ADIs propostas por este são julgadas em favor do demandante. (TOMIO; ROBL FILHO, 2014, p. 34-35)

A partir dos dados apresentados, conclui-se que, a propositura de ADIs é claramente uma forma do uso de um instrumento jurídico constitucional com objetivos que não sejam apenas de contestar sua constitucionalidade, tal finalidade é mais uma forma institucional de alimentar a judicialização da política, uma vez que transfere para o STF um encargo de dar a última palavra sobre uma decisão de cunho político. Se considerarmos que toda ação governamental é uma política pública, podemos afirmar que ao se pronunciar acerca da constitucionalidade de atos normativos estatais o STF está exercendo controle judicial sobre políticas públicas.

Em razão da peculiaridade de nosso sistema, devemos analisar, ainda, o controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais quando realizam o controle de constitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais em relação a Constituição Estadual dos Estados da Federação brasileira. A hipótese é de que em razão das grandes competências legislativas municipais brasileiras foi necessário a criação de um sistema de controle por meio do judiciário dos atos normativos municipais. O Brasil possui a maior concessão de autonomia local, quando se compara nosso sistema de prerrogativas de governos locais com o sistema jurídico das Federações da Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Índia, Estados Unidos e Suíça. (TOMIO; ROBL FILHO; KANAYAMA, 2015, p. 98)

Robl Filho, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, e Rodrigo Luiz Kanayama (2015, p. 98-108), ao reunirem informações de mais de 19.195 Ações Diretas de Inconstitucionalidade estaduais no período de 1990 a 2013 chegaram a informação de que: a) os TJs são relevantes atores políticos no processo de tomada de decisão política e jurídica, declarando inconstitucionais atos normativos estaduais e municipais e ampliando a centralização federativa brasileira em razão da extensão do texto das Constituições Estaduais e das restrições à revisão dessas decisões pelo STF; b) O controle de constitucionalidade é mais forte em relação aos atos normativos municipais do que sobre os atos estaduais, pois o órgão julgador do Tribunal de Justiça possui menor relação institucional com os órgãos e as autoridades que produzem normas municipais; c) os fundamentos para declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos encontram-se em vícios formais e não principalmente em questões materiais e de d) o controle de constitucionalidade estadual protege as competências e prerrogativas do Executivo, restringindo o poder do Legislativo.

Tabela - ADIs Estaduais por Região, Estado-Membro, Atos Normativos Atacados

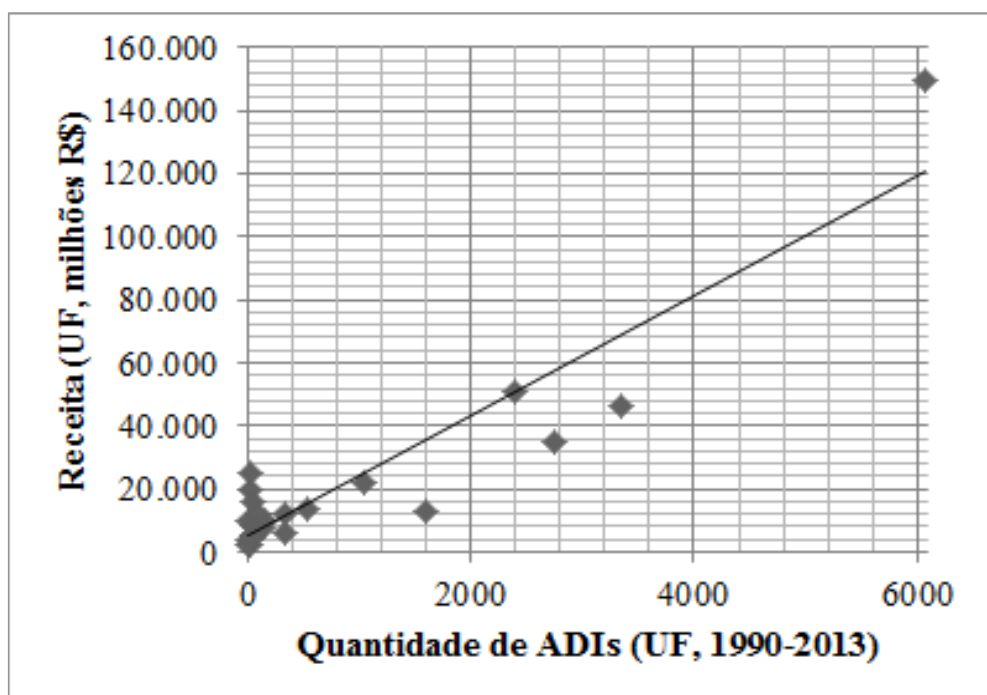
UF	Estadual	Municipal	Sem Classificação	Total
Centro-Oeste				
GO	86	441		527
MS	23	88	29	140
MT	18	127	15	160
Nordeste				
AL	6	62		68
BA	3	11		14
CE	3	27	4	34
MA	14	33		47
PB	24	269	47	340
PE	2	23	4	29
PI	3	30	8	41
RN	10	38	9	57
SE	14	38	7	59
Norte				
AC	3	4		7
AM		2		2
AP	2	7		9
PA	2	60	13	75
RO	12	19		31
RR	2	1		3
TO	8	29		37
Sudeste				
ES	13	286	27	326
MG	25	1.684	1.637	3.346
RJ	452	1.837	97	2.386
SP	48	5.236	791	6.075
Sul				
PR	56	876	96	1.028
RS	98	2.620	32	2.750
SC	148	1.287	169	1.604

Total	1.075	15.135	2.985	19.195
--------------	--------------	---------------	--------------	---------------

Fonte: TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N. ; KANAYAMA, R. L, 2015, p. 101.

Sendo mais preciso nesta constatação, 93,1% das ADIs julgadas nos Tribunais estaduais atacam atos normativos municipais e 6,9% atos normativos estaduais. A taxa de sucesso de uma ADI estadual é muito grande. Das ADIs que atacam normas municipais inconstitucionais em relação à constituição estadual cerca de três em cada quatro são procedentes. (TOMIO; ROBL FILHO; KANAYAMA, 2015, p. 101)

Gráfico 2 - Quantidade de ADI (UF) por Receita Fiscal (UF) (TJ; 1990-2013)



Fonte: TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N. ; KANAYAMA, R. L., 2015, p. 102.

Robl Filho, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, e Rodrigo Luiz Kanayama (2015, p. 101), ainda apresentam o gráfico acima, no qual percebe-se que a quantidade de ADIs estaduais julgada em cada TJ está fortemente correlacionada com a receita fiscal do estado-membro (UF). Isso indica que quanto mais complexa a administração pública, maior a receita do estado e, por decorrência, dos municípios que compõem a UF, maior a demanda dos requerentes legitimados pela judicialização de ADI como um meio de nulificar alguma norma municipal e estadual. Com este dado, os autores pretenderam demonstrar que a judicialização está concentrada em poucos estados devido, principalmente, à complexidade da administração pública municipal dessas unidades federativas e, por decorrência, da possibilidade de competição legislativa (entre

legislativo e executivo municipal e município e Estado) pela forma de normatizar a alocação de recursos disponíveis em políticas e gestão públicas. Não se trata, simplesmente, de um ímpeto legislativo local ou de uma inépcia de compreender os princípios constitucionais replicados nas cartas estaduais, mas, possivelmente, o desejo de aumentar a esfera autônoma legislativa local sobre problemas que poderiam ser alocados os escassos, porém disponíveis, recursos municipais.

Se, como dito acima, considerarmos que toda ação governamental é uma política pública, podemos afirmar que ao se pronunciar acerca da constitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais os TJ's estão exercendo controle judicial sobre políticas públicas. O que não é possível comprovar com os dados apresentados é se o judiciário está agindo como um ator com poder de veto, ou se este está sendo absorvido pelos demais atores políticos.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como definimos acima políticas públicas são ações intencionais de um governo que buscam atender a necessidade de seu povo, ou melhor, seus governados. Estas estão positivadas no ordenamento jurídico em forma de leis. Isso pode se tratar de um pré-compromisso, ou seja, é o governo atual se “amarrando”, buscando “amarrar” governos futuros. Esse pré-compromisso torna a política mais rígida, tornando difícil, mas não impossível que governos futuros a modifiquem.

O que acontece é que uma quantidade razoável das leis criadas pelos legislativos são submetidas a controle de constitucionalidade. Podemos apontar diversos fatores que contribuem para tal fato tal como uma extensa lista de legitimados, os legisladores não serem dotados de especialização na área jurídica, a busca por satisfazer a demanda dos grupos de interesse que os elegeram, entre outros.

Apontamos três hipóteses a serem discutidas no presente artigo:

H1 - Os tribunais aumentam os custos para tomada de decisão em relação às políticas públicas por serem um *veto player*.

H2 - Os tribunais auxiliam na implementação de políticas públicas.

H3 - A oposição do governo leva para esfera jurídica algo político tentando uma decisão favorável à sua demanda.

Os tribunais agem como um *veto player* pois diminuem o conjunto vencedor de modificação do *status quo* para o poder legislativo, entretanto observa-se que a maioria dos

casos analisados tratam-se de vícios formais, e não da possibilidade do tribunal estar modificando uma política criada pelo legislativo.

Os tribunais também não necessariamente auxiliam na implementação de uma política pública, mas a partir de suas decisões é possível fazer cumprir políticas decididas anteriormente a favor de certos grupos de interesse.

A oposição leva para a esfera jurídica algo político tentando uma decisão favorável a sua demanda, pois não obteve sucesso em sua empreitada na arena política, isso ajuda em certo sentido a interferência e controle judicial em certos assuntos políticos.

Podemos apontar, superficialmente, que se trata de um *shifting blame*, ou seja, os políticos utilizam-se dos tribunais para apontar aos seus eleitores que as políticas formuladas durante sua campanha eleitoral estão sendo propostas, entretanto são os tribunais que estão impedindo elas de serem efetivadas.

Outra conclusão que podemos chegar em razão dos dados apresentados é que a oposição espera expor o governo, ou seja, não deseja que a ação seja deferida, entretanto ao expor governo espera ter ganhos eleitorais. Trata-se então de uma estratégia eleitoral para se chegar ao poder.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. **Montesquieu: sociedade e poder**. In. WELFFORT, F. C. (org.). Os Clássicos da política vol.1. 14ª Ed. São Paulo: Ática, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Vol. 1. 11ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARLOMAGNO, Márcio C. **Como os deputados federais alocam os recursos públicos? Análise das emendas parlamentares propostas ao orçamento 2016**. Curitiba: UFPR (NUSP), 2016. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-3-n.-1.pdf>

CHRISPINO, Álvaro. **Introdução ao estudo de políticas públicas: uma visão interdisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

CARVALHO, Ernani. **Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política**. *Análise Social*, Lisboa, n. 191, abr. 2009. <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/aso/n191/n191a04.pdf>

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: uma introdução histórica**. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

DOWNS, Antony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Editora USP, 1999.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HÖFLING, Heloisa de Mattos. **Estado e Políticas (Públicas) Sociais**. *Cadernos Cedes*, ano XXI, nº 55, novembro/2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luiz Carlos Borges. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Eficiência e Poder judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos**.

Disponível

em:

https://www.academia.edu/24641836/Efici%C3%Aancia_e_Poder_Judici%C3%A1rio_Resolu%C3%A7%C3%A3o_de_casos_e_recursos_financeiros

LIMONGI, F. P. **“O Federalista”**: remédios republicanos para males republicanos. In. WELFFORT, F. C. Os Clássicos da política vol.1, p. 249-252.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TSEBELIS. **Atores com poder de veto**. Rio de Janeiro: EdFGV, 2009.

TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N. . **Abstract judicial review in the brazilian Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal): Theoretical structures and empirical analysis of 25 years of abstract judicial review under the 1988 Brazilian Federal Constitution**. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego (Polish Constitutional Law Review)*, v. 21, p. 11-37, 2014. <http://www.marszalek.com.pl/przegladprawakonstytucyjnego/ppk21/01.pdf>

TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N. ; KANAYAMA, R. L. . **Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) estaduais na federação brasileira**. *Revista de Direito Brasileira*, v. 12, p. 87-110, 2015. <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/350>

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: EdUNB, 1991.